J. P. GALVÃO DE SOUSA

Catedrático de Teoria Geral do Estado na Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, e de Política na Escola de Jornalismo "Cásper Líbero".

PERSPECTIVAS HISTÓRICAS E SOCIOLÓGICAS DO DIREITO BRASILEIRO

1. **O direito português no Brasil.**
2. **Reforma da Constituição ou nova Constituição?**

Revista da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Distribuidora: Editôra Herder
São Paulo
1961

PREFÁCIO

Pode parecer muito ambicioso o título sob o qual se reunem os dois pequenos trabalhos aqui publicados, e inseridos antes no número de Dezembro de 1960 da Revista da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1).

Mas para bem indicar a preocupação dominante no autor, ao elaborar um e outro, era preciso dar realce ao aspecto histórico e sociológico com que foram ambos os temas focalizados. Assim também se torna patente a unidade existente entre êsses trabalhos, não obstante a matéria ser diversa. O prisma sob que se consideram os assuntos versados, isto é, o objeto formal, é o mesmo. Com efeito, traçando um ligeiro esbôço do que foi o desenvolvimento do direito português no Brasil e dos seus elementos subsistentes em nossa organização jurídica, o autor faz ver a diversidade de rumos seguidos pelo direito privado e pelo direito público, especialmente o constitucional, entre nós: o primeiro, atendo-se mais à tradição; o segundo, sofrendo influências estrangeiras que o desviaram da sua autenticidade nacional. Tôda a crise política dos países hispano-americanos resulta exatamente dessa discrepância entre as fórmulas legais, que regem as instituições do Estado, e o desenvolvimento orgânico da comunidade nacional. Por isso mesmo, o problema da reforma constitucional — objeto do segundo estudo, pela ordem de elaboração é

---

(1) O primeiro dêstes dois estudos é uma tese apresentada à Jornada Paulista de Revisão da História do Brasil, promovida pelo Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo em Janeiro de 1958.

Quanto ao segundo, corresponde a uma das conferências do "Curso Extraordinário sôbre reforma da atual Constituição brasileira", patrocinado pelo Forum "Roberto Simonsen" em Abril e Maio de 1960. Referido curso obedeceu ao seguinte programa:

"O problema da representação política" — Prof. Gofredo Telles Junior;

"Constituição e segurança nacional" — General Oswaldo Cordeiro de Farias;

"Pela reforma da Constituição à reforma do Estado: alguns pressupostos de uma reforma constitucional" — Prof. J. P. Galvão de Sousa;

"Organização dos poderes: unidade e funcionalismo" — Dr. Samuel Duarte

de publicação neste opúsculo — só pode ser devidamente resolvido se colocado em têrmos de sociologia e de história. Cumpre-nos readaptar a constituição jurídica à constituição histórica, lembrando-nos daquele conhecido dito de Joseph de Maistre: «Que é uma constituição? — É a solução do seguinte problema. Dando-se a população, os costumes, a religião, a situação geográfica, as relações políticas, as riquezas, as boas e más qualidades de uma certa nação, encontrar as leis que lhe convenham».

Restaurar o sentido da história no direito, especialmente no direito político, de onde o desterraram o liberalismo anarquizante e o socialismo nivelador, é uma das tarefas mais necessárias para os juristas de hoje.

Veja-se nestas páginas uma contribuição modesta a essa tarefa, pela qual os maiores responsáveis são os mestres de direito, no contacto diurno com as novas gerações.

São Paulo, 1961

O Direito Português no Brasil

Sumário:

1. As fontes do direito.

Na confluência do direito romano, do direito germânico e do direito canônico vão os historiadores buscar os elementos que, integrados num harmonioso sistema, dominam a organização jurídica dos povos hispânicos nos primeiros séculos da Cristandade, completando-se pelas normas de procedência local, os usos e costumes consolidados pelo direito foraleiro.

Assim foi em Leão e Castela. E o mesmo ocorreu em Portugal. Tendo mais tarde castelhanos e portuguêses aplicado as suas leis aos vastos impérios que constituiram, segue-se que o Brasil e as nações da América espanhola acham a origem mais remota do seu direito naquela mesma tríplice fonte.

O encontro do direito romano com o direito germânico efetuou-se no Império visigótico. Roma havia dado aos povos da península ibérica a organização jurídica pela qual se regiam quando foram conquistados pelos bárbaros. Dos invasores vindos do norte, os mais poderosos e capazes foram as visigodos, cujo domínio em tôda a península, com a côrte em Toledo, se estendeu desde fins do século VI até princípios do século VIII, ao ser posto em cheque pelos sarracenos. Durante êsse tempo, os visigodos, continuando a seguir o seu direito tradicional, mantiveram, para as populações

que lhes eram submissas, as leis romanas, codificadas no Breviário de Aniano, obra que imortalizou a memória do imperador Alarico II.

Coexistiam assim dois sistemas de direito. A lei pessoal dos vencidos era o direito romano. E os vencedores, de sua parte, observavam as normas jurídicas decorrentes dos seus antigos costumes.

A dualidade do direito persistiu com os sucessores de Alarico, que foram promulgando novas leis e fazendo coligí-las. Mas com a fusão das raças veio a fusão das leis. As relações entre vencedores e vencidos, numa sociedade em que não havia oposições bélicas, não se compadeciam com o princípio da personalidade legislativa, que durou nas Gálias mais tempo do que nas Espanhas. Nas coleções visigóticas, o direito germânico romanizava-se, ao mesmo tempo em que se germanizava o direito romano. E afinal a unidade da ordem jurídica foi estabelecida com a publicação do **Forum Judicum**, por ocasião do 16.º Concílio de Toledo. Após a invasão dos arabes, continuou esta lei a ser observada entre os reinos católicos do norte da península, e vigorava no reino de Leão quando Portugal dêle se desmembrou. Foi a mais romanizada das leis bárbaras, acusando a preponderância, já bem sensivel no tempo, do direito romano, através do Breviário de Aniano, e de um elemento novo, fruto da influência da Igreja na formação da sociedade medieval: o direito canônico.

Êste terceiro sistema jurídico resultava dos cânones dos concílios de Toledo, de tão grande importância quer na ordem estritamente eclesiástica, quer na ordem civil. Constituindo-se Portugal em reino independente, o direito canônico foi aí igualmente observado. Aos cânones toledanos seguir-se-iam as concordatas entre o soberano português e a Santa Sé, bem como a aplicação dos decretos do Concílio de Trento, mandados observar em Portugal e nos seus domínios pelo Cardeal D. Henrique, regente do reino durante a minoridade do rei D. Sebastião, que confirmou essa ordem sem restrições.

No primitivo direito português há a considerar os usos e costumes das diferentes populações, com suas liberdades reconhecidas pelas cartas de foral, assegurando as pecularidades locais. Ao particularismo do direito foraleiro sobrepôs-se aos poucos a unidade do direito, mais uma vez triunfante, agora através das leis gerais dadas pelos soberanos em Côrtes e que vieram a ser codificadas nas Ordenações do Reino, promulgadas pela primeira vez por D. Afonso V e revistas por D. Manuel o Venturoso e por Felipe II, quando rei de Portugal.

Descobrem-se nas Ordenações aquêles elementos originários, romanos, germânicos e canônicos, ao lado dos remanescentes do direito foraleiro. Seus cinco livros representam uma obra de séculos, e sua vigência foi também mais do que secular, especialmente no Brasil, onde eram ainda aplicadas em matéria de direito civil, quando em Portugal já tinham deixado de ser lei em vigor.

Na obra de povoamento do Brasil, Portugal faz aplicar ao seu novo domínio a legislação do Reino, ao mesmo tempo em que transplanta em terras americanas instituições tradicionais. Quanto a estas, basta lembrar a magistratura, organizada segundo o modêlo da justiça metropolitana, e as liberdades municipais, florescentes desde a fundação de São Vicente.

O direito português no Brasil compreende então duas partes: 1) — o direito comum, isto é, o das Ordenações e outras leis posteriormente decretadas, as quais por estarem fora daquela codificação se chamavam "leis extravagantes" (cartas de lei, decretos, alvarás, cartas regias, resoluções, provisões, avisos, portarias, etc.), devendo incluir-se aqui os assentos da Casa da Suplicação, o superior tribunal de justiça na época, assentos aos quais as Ordenações atribuiam fôrça obrigatória; 2) — o direito especial para o Brasil (alvarás, cartas regias, cartas de doação das capitânias e respectivos forais, regimentos, atos legislativos sôbre indios, minas, comercio e navegação, etc.).

Ao ser instituido o govêrno geral do Brasil, eram dados pelo rei D. João III, em data de 17 de Dezembro de 1548, os regimentos do Governador geral, do Ouvidor geral e do Provedor mór, êstes dois últimos para os negócios da Justiça e da Fazenda respectivamente. O primeiro de tais documentos, dirigido a Tomé de Sousa, ficou valendo também para os seus sucessores, até ser dado novo regimento, a 26 de Janeiro de 1677. Nêsse espaço de tempo foi parcialmente modificado com a criação de capitânias independentes, e completado por outros atos legislativos, entre os quais cumpre assinalar o regimento da Relação da Bahia de 7 de Março de 1609. Dividido o Brasil em 1621, dele sendo separado o "Estado do Maranhão", foram expedidos para o Ouvidor e o Governador geral do Maranhão, respectivamente, os regimentos de 18 de Julho de 1644 e de 14 de Abril de 1655.

Restabelecida a unidade, era mais tarde o Brasil elevado à categoria de Reino Unido a Portugal e Algarves, pela lei de 16 de Dezembro de 1815, achando-se D. João VI e a Côrte no Rio de Janeiro.

Uma nova fase na história das fontes do direito português no Brasil e na própria história política brasileira é assinalada pela presença de D. João VI no Rio de Janeiro. Antes porém de con-

siderarmos o que significaram, para nós, a política e a legislação joaninas, cumpre refletir sôbre duas outras épocas bem características e de profunda significação histórica no desenvolvimento da nacionalidade brasileira e do direito português. São as épocas do domínio espanhol, a partir de Felipe II, e do despotismo esclarecido, de D. José I.

Três nomes a guardar, três marcos no caminho da História: Felipe II, Pombal, D. João VI.

De Felipe II nos vem o terceiro texto das Ordenações, o que mais tempo durou e cuja continuidade com o direito anterior, mantido quase na íntegra, é um sinal da política posta em prática, nos negócios de Portugal, por aquêle poderoso monarca da Espanha que reuniu as duas Corôas. "Portugal para os portuguêses", nisto se consubstanciava tal política, refletindo-se no Brasil, quer na manutenção do direito português, quer na guarda dos foros, privilégios e liberdades, quer finalmente na conservação dos portuguêses à frente da administração do seu reino e do Brasil. Era a concepção da monarquia dual, que deveria ressentir-se com a posterior centralização, ao tempo do Conde-Duque de Olivares, mas que o neto de D. Manuel soube tão bem compreender.

Não nos esqueçamos de que o domínio espanhol — de 1580 a 1640 — corresponde ao grande século da expulsão dos holandeses e da expansão bandeirante, esta última facilitada pela existência de uma só soberania nos domínios de Portugal e Espanha, franqueando a passagem da linha de Tordesilhas. Como escreve Pandiá Calógeras, "êsse período de sessenta anos tornou-se de importância capital para nossa terra, contribuindo poderosamente para o surto de uma sorte de sentimento nacional" (**Formação histórica do Brasil,** cap. I). E Max Fleiuss, depois de notar que, durante êsse período, com exceção de alguns poucos governadores espanhois no Maranhão, teve-os o Brasil sempre portuguêses, conclui: "A Espanha, pois, não oprimiu, nem absorveu a nação portuguêsa, nem a tiranizou pela autocracia, durante êsse longo interregno de seis décadas de sujeição política. Amparou-lhe, antes, as ilustres tradições vacilantes, evitou-lhes o cataclisma total, guardando e fielmente respeitando, como o fogo sagrado de Vesta, o secular espírito de nacionalidade e de civilização portuguêsas" (**História administrativa do Brasil,** primeira parte).

Bem diverso é o significado da época pombalina, que Cândido Mendes, na Introdução ao Código Filipino, com rápidas e incisivas pinceladas, assim retratou: "Chegamos a 1750, quando a Realeza e o seu predomínio absoluto de mãos dadas com o Regalismo subiu ao maior apogeu. Êsse triunfo assinalou-o o tempo com um

espantoso terremoto, coincidência notável com os estragos que outro pela mão dos homens ia fazer..."

Êste terremoto é um terremoto nas instituições. Quebra-se a continuidade no desenvolvimento do direito. A centralização excessiva ameaça o regime das liberdades locais, da mais pura tradição portuguêsa. O regalismo desvia a Corôa da fidelidade à Igreja observada desde os primeiros reis. As reformas introduzidas pelas leis sôbre sucessões afastam-se do sistema das Ordenações, provocando uma ruptura violenta no direito histórico. A nova organização dos estudos na Universidade de Coimbra abre as portas para o iluminismo racionalista e anti-nacional, através da escola do direito da natureza e das gentes ou do **usus modernus pandectarum.** A obsessão pelo exemplo das nações europeias "polidas e civilizadas", segundo expressão freqüente nos preâmbulos legislativos, suscita a Lei da Boa Razão, de 18 de Agosto de 1769, revolucionando a hermenêutica jurídica e justificando estas palavras de Cândido Mendes no seu referido ensaio introdutório: "A Legislação e a Jurisprudência tomaram nova direção; as leis respiram um ar de jactância, uma linguagem de vaniloqüência e de rodomontadas..."

Daí por diante começavam os estudantes brasileiros que iam a Coimbra a receber uma educação que em tudo os dispunha a perderem o sabor das autênticas tradições lusas. Assim se formavam os nossos futuros bachareis e homens públicos. Era a revolução nos espíritos que começava.

Finalmente, a época de D. João VI: consolidação do passado e preparação do futuro. A grande obra realizada por aquêle monarca, e as conseqüências resultantes da sua permanência no Rio em virtude da invasão napoleônica, têm sido suficientemente estudadas, não sendo possível esquecer aqui as páginas clássicas e definitivas do longo estudo de Oliveira Lima. Rematou D. João VI a obra dos seus predecessores, assentando as bases da nacionalidade brasileira e assegurando a unidade nacional, mercê da continuidade monárquica e dinástica na pessoa do seu filho, o principe regente, D. Pedro.

Não foi só pela abertura dos portos, com a sempre lembrada Carta regia de 28 de Janeiro de 1808, ou pela elevação do Brasil a Reino, que D. João VI contribuiu decisivamente para a consolidação das bases nacionais. Deu-nos autonomia judiciária, emancipando-nos da sujeição aos tribunais de Lisboa e instituindo a Casa da Suplicação do Brasil, e por outras medidas legislativas fomentou o comercio, a navegação, a agricultura, o crédito, o ensino, as belas artes, a imigração e colonização.

Na menção das fontes do direito português no Brasil não pode faltar a referência a fontes de direito internacional da máxima importância, o Tratado de Madrid, de 1750, e os atos de Santo Ildefonso que se lhe seguiram, reconhecendo juridicamente o alargamento das fronteiras em virtude da expansão territorial dos Bandirantes. Pela aplicação do princípio do **uti possidetis** — ocupação efetiva e posse prolongada gerando o domínio — delineava-se o atual mapa do Brasil, ficando assim estabelecida a base física da nacionalidade.

2. A organização do Estado

O primeiro sistema que os portuguêses tentaram implantar no Brasil foi o das capitanias hereditárias. É sabido que durou muito tempo, não chegando a dar resultado senão em Pernambuco e São Vicente. Ao feudalismo tem sido êste sistema assimilado por alguns autores, em virtude de algumas analogias com o regime feudal dos povos da Europa. Em boa síntese, assim o definiu Max Fleiuss: "a terra dividida em senhorios dentro do senhorio do Estado, — eis o esboço geral do sistema administrativo da primeira fase da nossa História" (obra citada, Primeira parte).

Não é, porém, êsse breve período de 14 anos que deve merecer a nossa atenção se quisermos caracterizar o sistema de govêrno posto em prática pelos portuguêses nos primeiros séculos do povoamento. Data, na verdade, da instituição do govêrno geral na Bahia a organização do Estado do Brasil. E o mencionado Regimento dado ao primeiro Governador geral bem pode ser considerado a primeira constituição política brasileira. "Modêlo de tino governativo", no dizer de Varnhagen, "prova o muito conhecimento que já seu redator, o Conde de Castanheira, tinha do Brasil" (**História Geral do Brasil,** Secção XV). Estudando a aplicação de tal Regimento, o Visconde de Porto Seguro a tal ponto se entusiasma que chega a proclamar ter sido por êle o Brasil governado "mais constitucionalmente do que a própria metrópole" (**loc. cit.**).

Entendamo-nos bem sôbre essa expressão. No desenvolvimento histórico da monarquia portuguêsa três fases distintas se sucedem. Assim é que a Realeza, nos primeiros tempos, tem a limitar e conter os seus poderes as Ordens do Reino, isto é, as diferentes classes organizadas corporativamente segundo a tradição medieval e representadas nas Côrtes. Com a formação do absolutismo, inicia-se uma centralização progressiva, coincidindo com esta o enfraquecimento daquelas Ordens sociais. A época dos descobrimentos assinala exatamente a passagem da monarquia limitada para a monarquia absoluta, que chegará ao seu auge com D. José I e Pombal, para depois ceder ao impacto das idéias liberais do século XIX, levando à monarquia constitucional, em seguida à revolução do Porto de 1820 e à Constituinte de Lisboa. Quando Varnhagen se refere a uma organização constitucional do Brasil, não toma evidentemente a expressão no sentido do constitucionalismo liberal que aparecerá séculos mais tarde. Quer indicar simplesmente que o espírito da monarquia tradicional portuguêsa inspirava a estruturação do novo Estado, com um regime de liberdades e franquias em certo ponto a ultrapassar o da metrópole, já em marcha para o absolutismo.

Com efeito, o Regimento de 1548 provia uma série de medidas acauteladoras do despotismo dos governadores gerais, não faltando disposições favoráveis à liberdade dos índios, e a instituição de órgãos superiores de direção política, tais como as juntas gerais, resultantes da consulta que o Governador devia fazer aos homens mais idôneos.

Na cúpula da organização política estava o Govêrno geral. Na sua base, estavam os municípios, cujas cartas de foral eram outras tantas constituições da vida local. Ao lado do Governador geral, achavam-se o Provedor mór e o Ouvidor geral. Além destas autoridades funcionando no Brasil, a vida político-administrativa era orientada pelos órgãos metropolitanos, a saber: Conselho da India (depois Conselho Ultramarino), Conselho do Estado, Conselho da Fazenda, Casa da Suplicação, Desembargo do Paço e Mesa da Consciência e Ordens. Nos municípios, os chamados "homens bons" formavam o corpo eleitoral, que escolhia os vereadores, cabendo às Câmaras municipais funções muito mais amplas do que as das nossas atuais municipalidades, funções que não eram apenas administrativas, mas também judiciárias.

Entre o município — órgão da vida local — e o govêrno geral na Bahia continuavam a existir as capitanias, mas subordinadas à autoridade central do Governador. O poder dos capitães governadores dessas últimas era, por vêzes, bastante extenso e, conforme o caso, chegava a ser atrabiliário. Daí, porém, não se deve deduzir que a divisão em capitanias tivesse um significado institucional de grande alcance, ou fôsse a expressão de uma realidade política ou econômica.

Pelo contrário. No plano econômico e no plano político, o município surge como centro autêntico de interêsses desde Olinda e Recife, no ciclo da cana de açúcar, até São Paulo, Taubaté ou Itu na gênese do bandeirismo e no início de um novo ciclo de atividades econômicas. A capitania, por si, quase nada significa. Daí o concluir Waldemar Ferreira: "o govêrno das capitanias se contraía no das vilas. Contribuiu para isso o estado rudimentar

do país, em que tudo estava por plantar e fazer. Os capitães e governadores eram muitissimo mais alcaides-mores das vilas do que da própria capitania... A realidade era, portanto, o govêrno das vilas" (**História do Direito Brasileiro,** tomo I, p. 92).

Enganam-se, pois, os que querem descobrir, no primitivo sistema das capitanias, aliás malogrado, um indício de pretensa vocação do Brasil para o federalismo. Isto é contrariar os fatos, como nota o mesmo Professor Waldemar Ferreira (obra citada, p. 155). Não havia entre as primitivas capitanias laços de coesão governamental ou administrativa, não havia aliança de espécie alguma, e, portanto, não podia haver federalismo. E mais tarde, no regime que prevaleceu durante tôda a administração do Estado do Brasil por Portugal, o que houve foi o sistema unitário do govêrno geral e a descentralização com base na vida local dos municípios.

Referem-se os historiadores ao "transplante" das instituições portuguêsas para o Brasil. E transplantação ocorreu realmente. Daí resultou, por vêzes, órgãos um tanto desajustados no meio tropical, tão diverso do de além-mar. Mas os estadistas lusos tiveram um senso muito grande de adaptação, que possibilitou a aplicação ao seu domínio nas Américas de certas instituições básicas da monarquia tradicional, cuja existência atesta o feitio especial da obra de povoamento realizada pelos portuguêses.

Em 1532, fundando São Vicente, Martim Afonso de Sousa assentava os fundamentos do novo Estado, numa base de liberdade e descentralização. O mesmo é o que nos leva a afirmar a organização da Justiça, com os ouvidores, os juizes de eleição popular, os juízes de fora nomeados pelo soberano, os tribunais ou Relações, a começar pela Relação da Bahia criada em 1609, e posteriormente o tribunal superior ou Casa da Suplicação, transferido para o Rio de Janeiro na época de D. João VI.

Se o princípio da autonomia municipal se patenteava na atitude firme das câmaras em face dos governadores, por sua vez a independência da magistratura se delineava, o quanto era possivel nas condições do tempo, através da altivez dos ouvidores para manterem as suas prerrogativas contra interferências políticas, não lhes faltando o apôio de Sua Majestade.

Dada a plasticidade com que souberam os portuguêses adaptar ao Brasil as suas instituições, estas se desenvolveram de forma por vêzes bastante peculiar. Assim é que a esfera de descentralização do município brasileiro contrastava com a política centralizadora do absolutismo em Portugal, sufocando a autonomia dos antigos concelhos. Além disso, o município, entre nós, revestia-se de um cunho predominantemente aristocrático, e não democrático, como em Portugal. Abrangia áreas imensas, emoldurado

pelos canaviais pernambucanos ou pelos cafezais paulistas, num meio social muito diferente em que eram inevitáveis as alterações produzidas.

Traçamos aqui apenas um roteiro, não permitindo os limites dêste ligeiro esboço alinhar fatos e descer a pormenores. Cumpre-nos simplesmente apresentar a indicação das linhas gerais que presidiram à organização do Estado do Brasil, isto é, ao direito político aplicado entre nós pelos portuguêses. Com a separação entre os dois Estados, ou melhor, entre os dois Reinos, Brasil e Portugal, deu-se o abandono da organização político-administrativa tradicional. Depois de 1822, cessa no Brasil a aplicação do direito público português, especialmente do direito político. O nosso direito privado, porém, continua a ser, no Império e nas primeiras décadas da República, o velho direito português das Ordenações.

3. Abandono da constituição histórica

Ocorreu a fundação do Império do Brasil na época do constitucionalismo liberal. Os ventos revolucionários, soprando da França, varriam a organização política tradicional dos povos europeus e das nações novas da América, que se estruturavam sob a influência dos princípios de 1789. As elites intelectuais e dirigentes destas nações achavam-se penetradas de tais princípios e completamente desgarradas da formação histórica, espanhola ou lusitana. Os jovens bachareis nas academias, nos clubes políticos e literários, ns sociedades secretas e nas suas viagens à Europa, aprendiam a nova cartilha política, que era um compêndio do "Contrato social" de Rousseau e reproduzia as lições de Locke e Montesquieu sôbre a separação de poderes.

Isso explica a súbita mudança na constituição política de nossos povos. Adaptando constituições escritas, formuladas sob tais influências, iniciavam a era do liberalismo, caracterizada pelo desprêzo do direito histórico e pelo fetichismo dos chamados "imortais princípios".

Deu-se o mesmo tanto em Portugal, depois da volta de D. João VI, como no Brasil, cuja primeira Constituição, outorgada por um príncipe de temperamento absolutista, instaurava paradoxalmente um regime liberal.

Se do direito constitucional passarmos a outros ramos do direito público, notaremos também a tendência para um afastamento da tradição jurídica lusitana. Esta se mantém, é verdade, em matéria processual, sobretudo no concernente ao processo civil, o que é explicável, pois o direito adjetivo se acha natural-

mente ligado à sorte do direito substantivo, e o direito civil português persistia entre nós enquanto o direito público sofria aquelas alterações.

O direito penal não podia deixar de ser modificado ao sabor das referidas influências ideológicas do século do liberalismo. Vinham já do século anterior, do século XVIII iluminista e cosmopolita, as idéias cuja aplicação ao direito criminal levariam ao novo Código. Como vimos, foi Pombal, com os novos Estatutos dados à Universidade de Coimbra, quem poderosamente contribuiu para criar, entre as elites pensantes, essa nova mentalidade que seria a do legislador do Brasil na primeira fase do Império. Ora, o iluminismo racionalista havia provocado uma completa mudança de rumos em matéria criminológica. Era o dealbar da escola clássica, formando discípulos em todos os países, com a obra de Beccaria sôbre os delitos e as penas como texto fundamental. Era o utilitarismo de Bentham. Era o romantismo invadindo tôdas as esferas do pensamento e moldando a nova mentalidade dos juristas.

A êste propósito cumpre dizer uma palavra sôbre o famoso Livro V das Ordenações do Reino. Nesta última parte da compilação filipina achavam-se compendiadas as normas de direito penal herdadas das primeiras Ordenações, do tempo de D. Afonso V. Tratava-se naturalmente de um código primitivo e um tanto bárbaro, que muito se prestava às declamações românticas dos juristas educados na escola de Bentham ou Beccaria. Entretanto, a verdade é que comparado com as legislações penais do tempo, noutros países, o Livro V das Ordenações era um modêlo de benignidade e brandura. É sabido que a Inglaterra possuia um sistema repressivo tremendamente cruel, e as próprias nações do continente europeu não sofriam vantajosamente um confronto com o sistema penal português. Sem falar em medidas ao mesmo tempo de justiça e de alcance social, critérios que mais tarde se embaralharam e por fim se perderam no desenvolvimento da legislação penal dos povos modernos. Neste sentido, o valor do sistema penal português foi posto em foco pelo professor Ataliba Nogueira na sua tese "Pena sem prisão".

Procurando redigir um Código sistemático e mais condizente com as idéias da época, os legisladores do Império rejeitaram em bloco o velho direito penal das Ordenações. Daí resultou o famoso Código Criminal de 1830, em grande parte inspirado na legislação da Luisiana e cujo esmero e boa técnica logo suscitaram no estrangeiro a admiração dos juristas, passando a servir de modêlo para outros Códigos.

O direito público brasileiro constituiu-se, pois, com elementos novos, e a influência européia ou norte-americana ficou pesando muito mais do que a tradição lusa, salvo em matéria de direito processual, bastando lembrar a êste respeito a subsistência das normas do processo orfanológico português e tantas outras vigorantes entre nós até há pouco tempo.

A Constituição do Império e, mais ainda, a da República importavam numa ruptura com o direito tradicional. O Código Criminal de 1830 e as codificações processuais suspendiam a aplicação de uma grande parte das Ordenações.

A secularização do Estado, operada com o regime republicano, vinha tornar a legislação reinol no concernente às relações entre a Igreja e o poder civil uma simples reminiscência histórica.

4. Permanência do direito português

Não assim com o direito privado. Aliás, por sua própria natureza, o direito privado está mais preso à tradição, mais ligado à existência quotidiana do homem, menos sujeito às conseqüências decorrentes das revoluções políticas. Só a revolução social, subvertendo tôda a ordem civil a partir da família, acarreta necessàriamente uma reforma substancial no direito privado. Em boa parte, esta subversão se fez sentir na tradição jurídica dos nossos povos, com a influência exercida pelo Código Civil francês. Mas justamente porque tal influência foi maior em Portugal do que no Brasil, daí resultou que conservamos mais, entre nós, a continuidade histórica na formação do direito civil, e a presença das Ordenações, ou como lei viva, ou fonte principal do direito, continuou a ser uma realidade na legislação brasileira quando já havia desaparecido da ordem jurídica portuguêsa.

Lembremos que as Ordenações Filipinas, na parte do direito civil, contida em seu Livro IV, se mantiveram no Brasil após a separação política, vigorando durante todo o Império e grande parte da República, até à promulgação do Código Civil em 1916. Além disso, o Código de autoria de Clovis Bevilaqua tomava o direito tradicional das Ordenações como principal repositório de onde eram extraidas as normas cuidadosamente redigidas, em feitio moderno e visando atender às novas circunstâncias da época. Lapidação das mais laboriosas que deveria custar, além dos debates parlamentares, a polêmica entre Rui Barbosa e Carneiro Ribeiro imortalizada nas páginas da "Réplica".

Um belo estudo sôbre a "formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro" foi apresentado pelo eminente professor de Coimbra Guilherme Braga da Cruz ao Segundo Colóquio de Estudos Luso-Brasileiros, reunido em São Paulo no ano do IV.º Centenário

Publicado posteriormente na revista **Scientia Ivridica** de Braga, fornece-nos o trabalho em questão os elementos para compreendermos perfeitamente o sentido histórico do direito privado no Brasil e em Portugal a partir do século XVIII.

Conduzidos por um guia experimentado e seguro, ser-nos-á facil atingir o têrmo dêste breve roteiro.

Duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais vieram afetar o direito privado português no seu moderno desenvolvimento histórico. A primeira foi o iluminismo do século XVIII, já mencionada anteriormente. A segunda, o individualismo crítico da época liberal, no século XIX. Aquela fêz sentir a sua influência quando ainda se achavam unidos o Brasil e Portugal, enquanto esta última coincidiu com a separação política das duas pátrias.

É certo que também no Brasil o individualismo liberal exerceu sua forte influência, a partir da Constituição política de 1824. Entretanto, o direito privado ficou mais a salvo de um tal influxo. O Código Comercial foi publicado em 1850, contendo, matéria nova em relação ao direito das Ordenações, que continuava a ser aplicado no direito civil. Várias tentativas foram feitas para a redação de um Código Civil, mas não lograram êxito. Enquanto isso, Portugal fazia elaborar o seu novo Código, promulgado em 1867 e recebendo tôdas as influências francesas então dominantes.

Ficávamos, pois, com o velho direito herdado de Portugal, quando no seu berço de origem já era êle rejeitado.

O mais interessante, porém, é notar que, mantendo-se mais fiel à tradição que o direito português, no dominio legislativo, "o direito privado brasileiro iria também desprender-se menos dela, no domínio da jurisprudência e da doutrina", como bem o observa o Professor Guilherme Braga da Cruz. Não que o Brasil se conservasse alheio à influência dos novos doutrinadores ou à sedução das novidades européias. A própria divulgação das obras dos mestres portuguêses no Brasil, um Gouveia Pinto, um Coelho da Rocha, um Correia Teles, contribuiam para serem recebidas aquelas influências, tão sensiveis então em Portugal. Nem nos esqueçamos de que se chegou a pensar, no Brasil, na adopção do "Digesto Português" de Correia Teles como Código Civil, não chegando a idéia a ser efetivada em virtude de parecer desfavorável da Ordem dos Advogados.

"Mas, se tudo isto é certo, não é menos certo que se esboçou, desde cedo, uma salutar reação contra êsse critério de inovação indiscriminada, e foi nessa corrente que terçaram armas os nomes mais representativos da jurisprudência e da doutrina. A mais expressiva vitória desta corrente renovadora — vitória cujos reflexos jamais se apagariam, na posterior evolução do direito privado brasileiro — foi a publicação da famosa Consolidação das Leis Civis, da autoria de Teixeira de Freitas, que a aprovação oficial, dada em 1858, elevaria ao nível de um verdadeiro código" (**Scientia Ivridica,** tomo IV, p. 257).

As instruções dadas pelo Govêrno brasileiro a Teixeira de Freitas já nos atestavam o caráter conservador da obra a ser empreendida: "A Consolidação será feita por títulos e artigos, em os quais serão reduzidas às proporções claras e sucintas as disposições em vigor. Em notas correspondentes, deverá citar a lei, que autoriza a disposição, e declarar o costume, que estiver estabelecido contra ou além do texto".

Por sua vez, Teixeira de Freitas, plenamente integrado dentro da orientação preconizada, no longo prefácio de sua obra, criticava o abuso de tantos juristas, desviando-se, sem escrúpulo, dos textos jurídicos vigentes. Referindo-se à Lei da Boa Razão, cujo sentido revolucionário já acentuámos, dizia que ela dava "largas ao arbítrio, com o título de **boa razão",** concorrendo para que "os nossos juristas carregassem suas obras de matérias estranhas, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As coisas chegaram a tal ponto, que menos se conhece e estuda nosso direito pelas leis, que o constituem, do que pelos praxistas que o invadiram".

O autor da Consolidação, repudiando o método inovador dos hermeneutas formados na escola da Boa Razão e fascinados pelo direito germânico de Heineccius ou pelas leis das "nações polidas e iluminadas", queria ater-se rigorosamente à legislação portuguêsa. Eis como indicava o critério a seguir: "Examinar as leis em seus próprios textos sem influência de alheias opiniões, comparar atentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance de umas e outras; eis o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substância viva da legislação".

Não é por mero amor ao passado que se explica a posição de Teixeira de Freitas. O grande civilista pátrio, dotado de uma formação científica primorosa, rebelava-se contra a desordem em que ia caindo o sistema das leis em vigor, o abuso das interpretações feitas segundo os métodos do jusnaturalismo e do **usus modernus pandectarum,** a falta de unidade no direito civil, unidade que foi a grande meta visada pela obra a que se entregou com sacrifício da própria saúde.

Não obstante não haver sido um tão grande esfôrço devidamente aproveitado — enquanto a Argentina, no Código de Velez Sarsfield, tomava por base a obra de Teixeira de Freitas — o fato é que a atitude do autor da Consolidação em face do direito tradicional era comum aos juristas de mais destaque do seu tempo. A própria Comissão encarregada de rever a Consolidação das leis

civis realçava o acerto do critério adoptado, critério que corresponde ao desenvolvimento do direito civil entre nós, sempre na linha da tradição lusa.

E quando afinal o projeto de Clovis Bevilaqua teve melhor sorte do que os anteriores, o que vimos foi a consagração, no atual Código Civil brasileiro, de um sistema jurídico que tem por principal fonte as Ordenações, não no seu texto primitivo e nos seus dispositivos anacrônicos, mas no conjunto da sua sistemática, enriquecida pelas leis posteriores, a doutrina e a jurisprudência.

É o que faz Guilherme Braga da Cruz concluir, após o confronto entre as diretrizes seguidas pelo nosso Código e pelo português: "Em conseqüência dos fatos acabados de apontar, o Código Civil brasileiro constitui, em pleno século XX, uma expressão muito mais fiel da tradição jurídica portuguesa, do que o próprio Código Civil Português, promulgado quase 50 anos antes!

"Efetivamente, quando se estabelece o paralelo entre os dois Códigos Civis e se procura fazer o balanço da influência neles exercida pelo antigo direito português, a nota dominante que logo salta à vista é a da presença, no Código brasileiro, de instituições, idéias e doutrinas de fundo tradicional, que o Código português rejeitou, para dar guarida — quantas vêzes precipitadamente — a outras, de importação estrangeira".

E cita alguns exemplos elucidativos: 1) o princípio de que ninguém se excusa alegando ignorar a lei, oriundo do direito romano, sugerido pelas Ordenações e acolhido pelo Código brasileiro, enquanto o Código português introduz o princípio oposto de que o êrro de direito acêrca da causa produz nulidade; 2) a necessidade da entrega real ou simbólica da coisa para haver transferência efetiva da propriedade, tradição portuguêsa mantida pelo Código de 1916, enquanto o Código Civil de Portugal, acolhendo novidade vinda de França, admite o simples acôrdo de vontades com fôrça suficiente para produzir a transferência dos direitos reais; 3) a retrovenda, condenada pelo artigo 1.587 do Código português, mantida pela tradição do direito brasileiro segundo as Ordenações e consagrada pelo artigo 1.141 do Código de 1916; 4) a despedida do locatário facultada quando da alienação do imovel, doutrina do direito romano seguida pelo Código brasileiro e abandonada pelo português, na esteira do Código Napoleão e do Código da Prússia; 5) a exigência da boa fé durante o tempo da prescrição aquisitiva, doutrina expressa das Ordenações inspirada no direito canônico, da qual se desviou o Código português e que o nosso Código consagrou no artigo 551; 6) a diferença de critérios entre os dois códigos no concernente ao cálculo da quota disponível para efeito da redução de doações ou deixas inoficio-

sas, matéria em que mais uma vez fomos nós, brasileiros, mais fieis à tradição portuguêsa do que os próprios portuguêses.

O Código Civil francês, bem o sabemos, exerceu influência poderosa na sua época. Foi no direito privado o legado da Revolução de 1789. Consagrando os princípios do individualismo jurídico, espalhou pelo mundo, através do prestígio de suas fórmulas, o programa da Revolução, que as constituições políticas dos diferentes países iam, por sua vez, buscar nos textos das constituições francesas e nas páginas de Rousseau e Montesquieu.

Deu-se então o inevitável afastamento do direito histórico, que veio tirar aos povos do Ocidente a capacidade de resistência em face da dinâmica revolucionária na sua marcha inexorável, passando do liberalismo ao socialismo sob cujo signo hoje vivemos.

É certo que houve também, no direito privado brasileiro, a infiltração dos princípios individualistas contrários à formação nacional. Não obstante, o que prevaleceu foi a fidelidade à tradição, quer nas linhas gerais da sistemática legislativa, quer no desenvolvimento da doutrina, quer na regulamentação das instituições básicas, a família e a propriedade. O direito das sucessões foi o que mais se desviou do direito tradicional, e isto se deu desde o tempo de Pombal, sob a influência do iluminismo do século XVIII, preludiando o individualismo crítico do século XIX.

5. **Conclusões**

Finalizando, podemos tirar algumas conclusões.

No direito privado brasileiro, até hoje sentimos a presença do direito português. Isso porque o seu desenvolvimento, até os dias atuais, se processou segundo uma linha bem acentuada de continuidade histórica. Em face do impacto das ideologias revolucionárias modernas, essa continuidade representou, para nós, uma garantia, uma defesa, uma preservação do caráter nacional e da coesão interna na sociedade brasileira.

O mesmo não se passou com o direito público, especialmente o direito político. O regime constitucional, a administração pública e o sistema penal sofreram reformas de base, que lhes alteraram a fisionomia tradicional. A constituição histórica foi abandonada para se acolherem sofregamente as fórmulas das constituições francesas e anglo-saxônias. No Império, foi primeiro a aplicação do liberalismo doutrinário importado da França, depois o parlamentarismo britânico. E em seguida a 1889, a influência norte-americana que se fez sentir até na denominação "Estados Unidos do Brasil", e tivemos então a república, a federação e o presidencialismo.

Referem-se os historiadores ao "transplante" das instituições lusas no Brasil, ao ser iniciada a colonização. Com efeito, os portuguêses trouxeram para cá as suas leis e as suas instituições. Mas isto serviu exatamente para que a obra do povoamento adquirisse um sentido todo especial, que não pode ser assimilado a uma simples exploração colonial mercantil. Privilégios, liberdades e franquias se reconheceram aos homens do Brasil, como aos da metrópole se asseguravam desde longa data. E além disso, ao transplantarem as suas instituições, os portuguêses souberam acomodá-las ao novo meio ambiente. Não perderam o sentido das pecularidades locais. Adaptaram o que entre êles já estava feito a um meio onde tudo estava por fazer. Nessa faina imensa não admira que tivessem também trasladado muitos órgãos e peças do seu velho mecanismo de govêrno que aqui não encontravam razão de ser. Observa-o Oliveira Vianna, acrescentando: "há aparelhos que não podem funcionar regularmente... há peças do aparelho administrativo, que invez de regular e normalizar a marcha do núcleo a que se ajustam, a retardam, a embaraçam, a desviam; outras funcionam como fatores de irritabilidade e dissociação dos pequenos organismos em formação; outras os comprimem em demasia e os asfixiam... No meio dêsses desacertos, há, porém, grandes acertos, um superior espírito de objetividade, um admirável senso das nossas realidades, um conhecimento profundo e meticuloso da nossa terra e da gente que a conquista, a desbrava e a povoa" (**Evolução do Povo Brasileiro,** 2.ª d., p. 199-200).

Pelo contrário, o transplante das fórmulas estrangeiras, de procedência francesa ou anglo-saxônia, ocorrido após 1822 em experiências sucessivas e malogradas, não acusa o mesmo senso de objetividade e o mesmo conhecimento do meio ambiente nacional. Prescinde da nossa formação histórica. O Brasil já estava feito, já era uma Nação, um Reino independente unido a Portugal, — e como tal reconhecido pelas potências, no plano internacional, quando se representava no Congresso de Viena, — já tinha as suas instituições seculares, devidamente assentes e em pleno funcionamento. Os portuguêses transplantaram as suas instituições quando nada existia por aqui, ou melhor, trouxeram-nas consigo para continuar a viver como portugueses, adaptando-se ao meio tropical. As elites iluministas, na primeira fase do Império, e a minoria positiva e republicana, transplantaram instituições estrangeiras, perdendo de vista o que já estava feito, e é natural que tais instituições não pudessem adaptar-se à vida brasileira.

Eis por que, no essencial, a administração portuguêsa sempre deu certo, falhando em alguns pontos de menor importância. Pelo contrário, o direito político das fórmulas racionalistas, que se so-

brepuserem à nossa constituição histórica de origem lusa, pode ter dado certo em alguns pontos acidentais, mas na sua substância jamais chegou a satisfazer aos requisitos mais imperiosos da vida nacional, gerando crises permanentes, ou em estado latente, como na monarquia, ou manifestas à luz do dia e sem possibilidade de qualquer solução nos têrmos da legalidade vigente, como estamos vendo hoje.

Fizemos o inverso dos Estados Unidos, que tanto quisemos imitar. Lá se observou a continuidade histórica e se mantiveram as tradições jurídicas procedentes da Inglaterra. Aqui, rompeu-se com a tradição e com o direito histórico.

Donde a crise do Estado brasileiro. A Nação continuou, por muito tempo, a viver nos seus elementos originais, preservados pelo direito privado, assegurando êste a boa organização da família, da propriedades e do mundo das relações econômicas. O Estado, ns suas instituições, desajustou-se e passou a ser organizado e a funcionar à margem da realidade nacional, dos costumes, das aspirações, dos sentimentos populares. Daí a inevitável deturpação das instituições e de fórmulas teòricamente perfeitas, mas insuscetíveis de se adaptarem a meio social e à psicologia coletiva.

Por fim, o Estado acabou por desorganizar a própria Nação. Nem poderia ser de outro modo, pois, como ensinava Aristóteles, o legislador moraliza ou corrompe o povo pelos costumes que inspira. O direito privado sucumbe ante a maior fôrça do direito público. Já Bacon ensinava que sob a tutela do direito público vive o direito privado. Não sendo mais o direito público capaz de preservar a autenticidade do Estado brasileiro, o próprio direito privado vem a sofrer com isso, especialmente em nossos dias, quando se dá uma visivel contração do seu domínio, à medida em que, por outro lado, cresce o âmbito do direito público.

E temos assim "o Estado contra a Nação".

Eis a grande lição que nos oferece o estudo do direito português no Brasil. Sua permanência, como base da nossa ordem jurídica, através do direito privado, tem preservado a nossa autenticidade nacional. Seu repúdio, nos domínios do direito público, é uma das causas fundamentais da crise das instituições brasileiras.

Por ter sido repúdio de um longo passado. Tanto é verdade que a fôrça e grandeza dos povos se mede pela sua capacidade em sustentar uma tradição e impô-la na marcha da história.

Reforma da Constituição ou Nova Constituição?

Por várias vêzes tem sido suscitada entre nós a questão da reforma constitucional. Já nos primeiros anos da República, alguns dos propagandistas do novo regime, que haviam acolhido com entusiasmo a constituição de 1891, desfraldavam a bandeira do revisionismo. A questão passou a tornar-se crônica na nossa vida republicana.

Lembremos o depoimento de Alberto Torres, que, tendo ocupado a presidência do Estado do Rio de 1898 a 1900, escrevia, em prefácio ao seu livro "A Organização Nacional": "Minha confiança na Constituição de 24 de fevereiro era, então, completa". E confessava logo a seguir: "Ao passar, em 31 de dezembro de 1900, o govêrno da terra fluminense a meu sucessor, o General Quintino Bocaiuva, já não podia ser tão firme — desiludida, como fôra, pelos fatos — a minha confiança no regime político que havíamos adotado; e quando no decurso de alguns anos de magistratura vim a fazer trato mais íntimo com a Constituição da República, fixou-se em mim a convicção da sua absoluta impraticabilidade".

Não obstante o fracasso do regime, patenteado desde os primeiros tempos, a Constituição de 24 de fevereiro encontrava defensores ardorosos, entre os bachareis eivados de formalismo jurídico e alheios aos problemas brasileiros. Diziam que o seu mal estava em não ser devidamente aplicada, e não se davam conta da sua radical impraticabilidade, reconhecida após um triênio de govêrno por um político a cuja reflexão atenta tais problemas estavam continuamente presentes.

A Constituição, dizia Alberto Torres, era "uma carta de princípios exóticos", uma "coleção de preceitos sem assento na vida real".

E ponderava ainda o mesmo autor: "a constituição de um país é a sua lei orgânica, o que significa que deve ser o conjunto das normas, resultantes de sua própria natureza, destinadas a reger seu funcionamento, espontâneamente, como se exteriorizassem as próprias manifestações da maneira de ser e de viver do organismo político.

"É por isto que se chama "constituição". A nossa lei fundamental não é uma "constituição"; é um estatuto doutrinário, composto de transplantações jurídicas alheias.

"Seu grande modêlo foi a Constituição dos Estados Unidos. Sôbre o arcabouço do tipo presidencial e federativo dos americanos justapuseram os constituintes princípios, colhidos, aqui e acolá, no Direito Público de outros países, principalmente nas teorias dos publicistas franceses; e a êste acervo de doutrinas deram a forma sistemática, metódica, regulamentada, do estilo legislativo próprio do nosso espírito".

O texto encaminhado para ser discutido na primeira Constituinte republicana tinha a recomendá-lo o prestígio do nume tutelar da República. Com o seu espírito formado na escola dos jurisconsultos anglo-saxônios, dominando perfeitamente a língua vernácula, mas desconhecedor do vernáculo sociológico brasileiro, Rui Barbosa havia redigido um projeto de constituição primoroso quanto ao estilo legislativo e quanto ao rigor da técnica jurídica, do ponto de vista meramente formal, porém numa completa dissonância em relação à sociedade para a qual se destinava.

A constituição é, com efeito, uma lei orgânica. Têm as sociedades a sua constituição, isto é, a sua "maneira de ser e de viver", assim como os organismos, êstes segundo as leis da biologia, aquelas segundo o desenvolvimento do processo histórico.

Formam-se as nações ao longo da história, diferenciando-se entre si por êsse elemento constitutivo do caráter nacional: a tradição. O Estado é a Nação jurídicamente organizada, e nesta organização deve naturalmente refletir-se o substrato da tradição, isto é, a expressão da realidade social e da maneira de ser de cada povo.

Por outras palavras, a constituição política deve corresponder à constituição histórica. Do contrário tornar-se-á impraticável, se não mesmo utópica, gerando-se assim o conflito entre o Estado e a Nação.

Tratamos aqui da constituição do Estado, sendo de notar que tôdas as sociedades, a começar pela família, têm cada uma a sua constituição. A constituição da família decorre da lei natural e da lei divina positiva, sendo completada pelas leis civis. No campo do direito positivo, vemos que, além do Estado, o município tem a sua lei orgânica ou constitucional, e para exemplificar com agrupamentos de ordem privada podemos incluir, entre os diferentes tipos de constituição, a da emprêsa econômica ou a de uma sociedade anônima.

Restringindo-nos à constituição política, que é a constituição do Estado, desde logo cumpre notar o seu caráter de lei orgânica de uma sociedade nacional. Assim é em nossos dias, quando a Nação serve de base para o Estado. Em outras épocas históricas prevaleceram outros tipos de sociedade política. Haja vista, entre os gregos e na Roma primitiva, a cidade (**Polis, Civitas**). Aristóteles escrevia sôbre a constituição ateniense como um jurista ou um sociólogo escrevem hoje sôbre a constituição brasileira ou a constituição argentina.

Ora bem, a Nação é uma comunidade histórica, formada pela tradição, e que adquire os seus caracteres peculiares, em face de outros povos, através de uma sedimentação lenta de costumes, sentimentos, aspirações comuns, a passarem de geração em geração e a servirem de lastro para um patrimônio de cultura. Fixa nos limites de um território, ela aí se organiza mediante a ação do poder político, exercendo sua jurisdição no âmbito nacional. O poder dá normas para a vida dessa coletividade, assegura-lhe a independência e protege os seus componentes, especialmente pela garantia dos direitos de cada um. Tal é a ação da polícia, das fôrças armadas, dos tribunais, sem falar nos órgãos legislativos e nos agentes da administração. Êstes tornam-se cada vez mais numerosos, nas sociedades contemporâneas, pois a marcha da civilização vai fazendo mais e mais complexas as relações sociais, exigindo do poder político uma presença constante em grandes iniciativas e empreendimentos de cunho nacional. Eis aí o Estado.

A necessidade mais elementar que clama pelo poder nas sociedades nacionais é a segurança. A manutenção da ordem, a paz pública, a proteção contra o inimigo exterior e o policiamento interno, tudo isto representa uma tarefa imprescindível e fundamental em todo e qualquer Estado. Quer no cumprimento desta missão, garantindo a coexistência nacional, bem como as liberdades, a própria vida e os demais direitos dos homens, quer na realização de tarefas suplementares, de natureza econômica

ou cultural, o Estado atua sempre nas linhas do ordenamento jurídico com que êle estrutura polìticamente a nação.

Certa escola de direito público, em nossos dias, tem feito notar a identificação do Estado com a ordem jurídica. Chegaram alguns autores a exagêros incompreensíveis, considerando a norma de direito num plano excessivamente abstrato e omitindo a capacidade normativa dos grupos sociais autônomos em face do Estado. Sem os acompanhar em tais demasias, devemos guardar de suas doutrinações um ensinamento, a saber: a idéia de Estado prende-se necessàriamente à de um ordenamento jurídico pelo qual se institucionaliza a sociedade.

Enquanto a Nação procede de uma formação histórica, o Estado resulta de uma ordem jurídica instituída pelo poder. O poder não é simples expressão da fôrça bruta, ainda que o seja muitas vêzes na sua origem. Essa fôrça que o detém só pode atuar dentro de uma certa ordem normativa, subordinada a determinados ideais jurídicos e mesmo a uma concepção da vida. Se a ordem das normas é constantemente violada, não é o que discutimos agora. Mas o Estado só pode realizar-se enquanto expressão de uma ordem normativa e das instituições dela decorrentes.

A norma em si, uma simples ordenação, não tem existência concreta. Nem tão pouco o Estado. São os indivíduos, aos quais cabe exercer as funções do Estado, que existem realmente.

No ordenamento jurídico do Estado, a constituição é a lei fundamental. Em si, a constituição é, pois, algo que só existe no domínio abstrato das normas. Cumpre, porém, notar que as leis só podem ser bem executadas quando traçam certas regras de ação condizentes com a maneira de ser e de viver daqueles a que se destinam. A norma jurídica, não sendo uma expressão da natureza tal como ela existe e atua — caso êste das leis físicas e biológicas — é fundamentalmente ética, pois se destina a dirigir a ação livre dos homens. É, pois, uma regra do **dever ser**, e não simplesmente do **ser**; implica na aceitação de certos valores a preservar e aperfeiçoar num meio social.

Nisto se distinguem a constituição de um organismo vivo e a constituição de uma sociedade. Esta decorre da atividade livre e relativamente criadora do homem através da história. Aquela é o reflexo de um determinismo existente no mundo físico, abrangendo os seres de formação orgânica nas suas funções vitais.

Lei do **dever ser**, fundamentalmente ética e consagradora de valores sociais, deve, pois, a constituição política refletir por um lado as aspirações constantes dos homens, na busca do aperfei-

çoamento moral, e por outro o estilo de vida do povo a cujo ordenamento jurídico vai servir de base.

Êste ordenamento só pode ser eficaz enquadrando-se nos moldes da sociedade à qual deve aplicar-se. Só assim as instituições se ajustam à realidade. Se a Nação é comunidade histórica, se o Estado a organiza jurìdicamente, e se a constituição política é a lei fundamental desta organização, segue-se que em todos os Estados as suas constituições devem ser inseridas no plano da respectiva formação histórica nacional.

Foi o que deixou de se compreender depois da Revolução de 1789 na França. Proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e estabelecidos os princípios da democracia moderna, passou-se a ver nestes princípios um conjunto de normas dotadas de validez universal e representando um progresso para todos os povos na marcha rumo à conquista da liberdade e da igualdade.

Não sòmente tais princípios, mas até mesmo a técnica jurídica preconizada para realizá-los, começaram a ser adotados por nações das mais diversas tradições jurídicas e dos mais contraditórios costumes políticos. Na própria França, demolindo o edifício da sua organização tradicional, o direito abstrato entrou a prevalecer sôbre o direito histórico, e constituições políticas, elaboradas por assembléias legiferantes ou outorgadas por chefes de Estado, se sucederam umas às outras, com duração efêmera, por vêzes alterando substancialmente a sistemática do Estado.

O mais interessante é que essa nova filosofia política vinha em grande parte da admiração pelas instituições inglesas e norte-americanas, as quais serviam de modêlo para os reformadores políticos de outros povos em sua febre constitucionalista. Ora exatamente a Inglaterra e os Estados Unidos, na sua organização política, vinham seguindo continuavam a seguir a linha de uma formação histórica consolidada em séculos. O direito constitucional americano formava-se tomando por base as cartas de colonização dos antigos estabelecimentos que vieram a se reunir, depois da independência, nos Estados Unidos da América. Seu tradicionalismo constitucional mantem-se até aos nossos dias, pois enquanto na maioria dos países de hoje se cogita de reformar a constituição, a Nação norte-americana continua a reger-se pela carta magna recebida de seus Fundadores nos fins do século XVIII. Quanto à Inglaterra, cuja constituição nem sequer é escrita, a não ser em alguns poucos textos, como a Magna Carta, vê na observância de práticas imeprocedente do século XIII, vê na observância de práticas ime-

moriais uma nação tranquilizadora para não ter receios de per

der essa estabilidade constitucional, em vão procurada noutros povos mediante o regime de constituições escritas e rígidas.

As fórmulas do chamado **Estado de direito** do liberalismo — separação de poderes, parlamentarismo ou presidencialismo, regime federativo e outras — foram tiradas do direito anglo-saxônio. Arrancadas ao seu contexto histórico, mal se aclimatavam a povos de formação social muito diferente. Enquanto a constituição inglesa e a americana mantinham o seu sentido tradicional, os povos latinos eram vítimas das abstrações revolucionárias, caindo em crises políticas para as quais não sabiam procurar solução senão naquelas fórmulas muitas vêzes incompatíveis com a própria realidade.

Foi o que se deu com a França, com Espanha e Portugal, com os países da América espanhola em seguida à independência, e com o Brasil. Quanto a nós, depois de separados pòliticamente de Portugal, não fomos desde logo atingidos por tôda a veemência desta problemática de crise, como se deu com os povos vizinhos e irmãos do continente. Graças ao Império, mantivemos em grandes linhas a estrutura tradicional. Mas assim mesmo a Constituição de 1824 era elaborada ao influxo do liberalismo doutrinário francês e o parlamentarismo britânico seria a bússola norteadora da atividade mental dos homens da monarquia. Com a República, adotando as instituições de tipo norte-americano, consumou-se a crise.

Daí aquelas observações de Alberto Torres citadas inicialmente. A Constituição deixou de ser uma lei inserida na formação histórica do povo brasileiro, para tornar-se uma lei anti-histórica dada pela minoria dirigente, desenraízada, na sua formação jurídica, do ambiente nacional.

Êste desenraízamento das elites em relação ao meio histórico é o grande problema do Brasil e de todos os povos hispano-americanos no concernente à sua organização política. Chegamos hoje ao afastamento das elites, enquanto os cargos eletivos vão caindo nas mãos de incompetentes e aventureiros da peor espécie. É sem dúvida um fato lamentável. Mas a culpa é das próprias elites. Elas começaram por se afastar da formação histórica do povo e perder a sensibilidade nacional, deixando-se impregnar de idéias estrangeiras, indo por vêzes até a desacreditar dos valores nacionais e populares.

Ignorando o significado autêntico da nossa história, certos letrados e bacharéis não eram capazes de se inflamar senão à leitura de peças de eloqüência do parlamento britânico ou de páginas de Lamartine ou Thiers sôbre a Revolução francesa. Iniciaram aqui uma pregação política semelhante. Imaginaram proble-

ram aqui uma pregação política semelhante. Imaginaram proble-

mas inexistentes no Brasil. E em plena fantasmagoria fizeram o papel do aprendiz de feiticeiro: quando quiseram conter as últimas conseqüências das premissas por êles mesmo assentes era tarde, vieram então os demagogos e exploradores das massas, passaram à sua frente e se assenhorearam do poder.

É certo que as condições especiais da nossa época favorecem o surto dos regimes de massas e da incompetência legislativa, fenômeno de se observar em tantos países da atualidade. Mas exatamente em não saberem enfrentar essas novas condições da civilização industrial e estruturar políticamente o povo de maneira a preservar os seus valores tradicionais e orgânicos, nisso está a falência das elites.

Por um lado, a falta de sintonização com o sentir do povo e com as tradições nacionais. Por outro lado a incapacidade para compreender a crise mundial contemporânea.

Basta considerar que as idéias políticas mais disseminadas entre as nossas minorias dirigentes e os programas de reforma do Estado de maior aceitação entre nós sempre se foram haurir em fontes européias ou norte-americanas. Rejeitámos o nosso passado histórico, não nos demos ao trabalho de procurarmos conhecer melhor a nós mesmos, daí decorrendo aquêle menosprêzo dos valores nacionais e a exaltação dos modelos estrangeiros. De uns tempos para cá é que, depois de Euclides da Cunha e Alberto Torres, dois precursores, se começou a fazer sociologia em matéria política, e os estudos da problemática do Brasil tomaram impulso com um Oliveira Vianna ou um Gilberto Freyre.

Quando pensamos em Rui Barbosa ainda jovem estudante de Direito, transferindo-se da Academia de Recife para a de São Paulo e trazendo na bagagem os livros de Story e outros constitucionalistas norte-americanos, suas leituras prediletas nas longas horas de estudo, compreendemos que desde cêdo o célebre baiano se houvesse tornado um homem marginal, como o qualifica Oliveira Vianna, servindo-se da expressão do sociólogo Park. E é bem significativa esta confissão saída de sua pena: "Se, à maneira do escultor, que modela entre as mãos o barro plástico, eu pudesse afeiçoar a meu gôsto o meu país, faria dele, não uma América, mas uma Inglaterra" (1).

Se o desenraízamento histórico das elites se fêz sentir sobretudo na época da geração que nos deu a República, a incapacidade de atingir o sentido mais profundo do momento histórico

(1) Veja-se OLIVEIRA VIANNA, **Instituições políticas brasileiras**, Livraria José Olympio, 1949, págs. 37 e 42. Quanto a Rui, merece ser lido o excelente estudo de LUIS VIANNA FILHO, **A vida de Rui Barbosa.**

mundial marca a atividade política das elites brasileiras a partir da última guerra. A Constituição de 1946 foi elaborada num ambiente do mais lamentável anacronismo, por uma assembléia que repetia os velhos chavões de um mundo em crise, repisando fórmulas ultrapassadas e estruturando um regime ideal para o desencadeamento das aventuras demagógicas.

É chegado o momento do Brasil dizer uma palavra para o mundo, que tem os olhos voltados em direção ao nosso país, e que sauda no arrojado empreendimento de Brasília o despertar da "capital da esperança". A integração nacional, proclamada com a transferência da séde do govêrno para o planalto, não poderá ser uma realidade autêntica se não procedermos também a uma revisão das nossas instituições políticas, subalternando a sistemática do Estado aos princípios institucionais da Nação em sua marcha histórica. Procurando reconciliar assim o Estado com a Nação, cabe-nos fazê-lo tendo em vista ao mesmo tempo as realidades da nossa época de grandes transformações, quando os povos entram em contacto mais freqüente uns com os outros, a técnica modifica o modo de viver e problemas de ressonância universal reclamam soluções adaptadas às peculiaridades de cada povo.

Já se fêz ver aqui neste Forum quanto contrasta com as diretrizes coerentes da política soviética a falta de rumo certo com que caminham desgovernadamente as democracias ocidentais. Para lá da "cortina de ferro", existe um regime drástico, é certo, inspirado numa concepção materialista da vida, mas os seus dirigentes sabem o que querem e procedem com uma eficácia de métodos e um realismo alarmantes para nós, quando vemos as inconseqüências e a desorientação geral predominantes entre os responsáveis pela coisa pública nos países cujo regime é estruturado tendo em vista a preservação das liberdades.

* * *

O direito constitucional tem-se desenvolvido, desde suas origens, como um processo técnico para assegurar as liberdades. Assim foi desde a Magna Carta arrancada ao rei João-sem-terra pelos barões inglêses para conter as pretensões absolutistas do monarca. Por isso, a constituição jurìdicamente se configura como uma lei de garantias. O problema de uma constituição é, pois, em grande parte uma questão de técnica jurídica. E neste terreno podemos notar que muitas vêzes diante de um mesmo fim — os direitos fundamentais dos homens, ou a autonomia dos grupos sociais perante o Estado — os meios podem variar, alguns muito indicados em certa época e obsoletos mais tarde, outros cristalina-

mente lógicos num texto legal mas sem nenhum conteúdo de viabilidade prática.

Vamos dar um exemplo.

O princípio da separação de poderes é um dos dogmas do direito constitucional moderno, que os têm em abundância. Formulado por Montesquieu, passou das páginas do **Esprit des lois** para as constituições inspiradas no ideário político de 1789. Sempre se distinguiram as funções do poder público, e já entre os mais antigos autores se preconizava o exercício de tais funções por órgãos diferentes, segundo a regras da divisão do trabalho. A novidade, no significado daquele princípio depois de Montesquieu, está em se haver pretendido construir com êle uma técnica de limitação do poder, que veio comprometer a indispensável unidade no govêrno das nações.

"Para evitar o abuso do poder é preciso que o poder detenha o poder", eis a idéia central desta teoria. E daí a divisão tripartida do poder, com o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, um fiscalizando o outro, em benefício das liberdades, postas a salvo da ação abusiva de qualquer dos três.

Em teoria, excelente, meridianamente claro. Mas na prática?

O que a experiência demonstrou em tôda parte foi a impossibilidade de se levar a efeito uma tal concepção, especialmente nos momentos de crise ou em face das comoções sociais, mas até mesmo na rotina habitual do funcionamento dos três poderes. As nossas constituições, desde a de 1891, proclamam tais poderes "independentes e harmônicos entre si". Bem sabemos que esta harmonia e independência só existem no texto constitucional.

O que tem ocorrido noutros povos confirma as lições de nossa própria experiência. Ora é o Poder Executivo a dispor, a seu bel prazer, da vontade das assembléias que se dizem representantes da vontade popular, caso freqüente nos países sul-americanos; ora é o Parlamento, isto é, o Poder Legislativo a anular o Poder Executivo nas funções de govêrno, situação tornada crônica na França, e de verdadeira calamidade pública, até que de Gaulle viesse tomar nas mãos o leme da nau do Estado, impedindo-a de soçobrar.

A reforma constitucional francesa obedeceu a um imperativo de salvação nacional, vindo acudir a uma situação de extrema gravidade para o país, decorrente da anarquia suscitada pelo parlamentarismo, e inverteu a ordem dos elementos preponderantes no Estado. Antes prevalecia o Legislativo, agora o Executivo. Mais uma experiência política diante da qual esvanecem as fórmulas da separação de poderes e da sua harmonia recíproca.

Se o despotismo parlamentar fàcilmente chega a arruinar uma nação, o predomínio do Executivo pode gerar um regime de

prepotência e de arbítrio. Parlamentarismo ou presidencialismo?... Nossos juristas e homens públicos têm ultimamente discutido sôbre o tema, querendo saber qual a solução ideal para o Brasil. Na dogmática do velho liberalismo inspirador das constituições brasileiras não encontram outra saída.

* * *

E isto nos leva a um assunto dos mais importantes no concernente à revisão das instituições políticas da atualidade: o do sistema representativo. O govêrno representativo, do século XIX para cá, tem-se realizado principalmente sob essas duas modalidades, parlamentarismo e presidencialismo, na base do sufrágio universal individualista e mediante o regime de partidos. A representação política no mundo inteiro está em crise, e é justamente através da representação que se realiza um regime verdadeiramente popular e democrático, entendendo-se por democracia a participação do povo no poder.

O sistema representativo da atualidade, oriundo das concepções individualistas que inspiraram o liberalismo moderno, assenta num falso pressuposto, do qual decorrem todos os seus erros e a sua radical incompatibilidade com a vida real das sociedades políticas.

Êsse pressuposto é a idéia da sociedade como se fôsse uma simples soma de indivíduos. Tratamos aqui da sociedade política, a qual, em nossos dias, se apresenta sob a forma de Nação organizada em Estado, assim como entre os gregos era a cidade, ou na idade média a sociedade feudal. Ora bem, em qualquer época da história, qualquer que seja a sua modalidade, desde as primitivas tribos até os grandes Estados de hoje, a sociedade política é sempre uma sociedade global, isto é, formada de famílias e outros grupos sociais, abrangendo-os todos num conjunto orgânico sôbre o qual se exerce a ação dos detentores do poder. Nas sociedades mais simples, existem pelo menos as famílias; nas mais complexas e desenvolvidas, como são os Estados contemporâneos, uma série imensa de grupos de tôda sorte, famílias, municípios ou comunas, associações profissionais, escolas e universidades, entidades culturais e esportivas, enfim tôda uma gama de agrupamentos a fazer daquela sociedade global uma **communitas communitatum.** O que nunca se viu, a não ser na ficção da horda, idealizada pelos transformistas para caraterizar a sociedade primitiva, que seria um agregado de transição entre os animais mais evoluídos e o homem, o que verdadeiramente a história nos mostra jamais ter existido é a massa informe de indivíduos constituindo, pelo seu ajun-

tamento, uma sociedade políticamente organizada. Entretanto, êste é o esquema sociológico sôbre o qual se construíu o sistema individualista da representação política, baseado no sufrágio universal inorgânico.

Daí decorrem o regime eleitoral de um voto para cada homem, com o mesmo valor para todos; a idéia das câmaras representativas como sendo órgãos de expressão da vontade geral dominante, isto é, a vontade da maioria; a preferência pelo sufrágio direto; a divisão dos eleitores não segundo os grupos naturais e históricos a que pertencem, mas pelas correntes de opinião que se vão formando e geram os partidos políticos.

Uma soma de indivíduos diante do poder do Estado, eis a falsa ontologia social do liberalismo. E se hoje esta filosofia política já está ultrapassada, e por tôda parte vamos caminhando para o socialismo de Estado, cumpre notar que o socialismo não faz mais do que tirar as últimas conseqüências das premissas liberais. Para o socialismo, a não ser em algumas de suas modalidades que procuram valorizar os grupos sociais, a sociedade política é também isto: uma poeira de indivíduos perante o Estado. A diferença está em que na sistemática do liberalismo a liberdade individual era o valor supremo, e o Estado não passava de mero conciliador e harmonizador das liberdades, ao passo que o socialismo, para corrigir os abusos da liberdade, cujas conseqüências foram o capitalismo e a proletarização dos trabalhadores, preconiza a organização da vida social pelo Estado, ainda com sacrifício das liberdades individuais.

Os indivíduos em face do Estado. Fàcilmente é êste levado a abusar do seu poder, diante do qual os particulares nada têm a opor. Daí aquela idéia da separação de poderes, isto é, a fragmentação do poder político para evitar o abuso do poder, ressalvando as liberdades.

Os indivíduos em face do Estado. Eis por que o Estado moderno se transforma no Estado de massas, desaparecendo aos poucos o critério de seleção nas assembléias representativas e nas camadas dirigentes, por prevalecer as quantidade sôbre a qualidade, o princípio da maioria, a regra aritmética de "metade mais um".

Os indivíduos em face do Estado. É a política das abstrações. Primeira grande abstração: o Estado. Sim, porque o Estado, que se vai tornando o monstro devorador das liberdades no mundo de hoje, o Estado que tributa, confisca, fabrica dinheiro, imprime cartilhas, dirige o pensamento e pretende mesmo ser a Providência dos homens, não existe na realidade como ser concreto, existem sim os indivíduos detentores do poder e que governam, legislam, administram, julgam, levantam interdições ao comum dos mortais e favorecem com privilégios os seus apaniguados. Outras abstrações: a ficção da vontade da maioria, o mito da soberania do povo, o ilusionismo da verdade eleitoral. Aliás o homem do povo sente perfeitamente que aquêles que se dizem seus representantes estão muito longe de o ser, longe estão de representar a vontade de quantos os elegeram. Sabe o homem do povo onde está a soberania, sabe que a soberania política, nas democracias modernas, acaba por se tornar uma expressão do predomínio do poder econômico. Mas quando vai votar, pelo menos naquele momento, talvez êle também se iluda a si mesmo, pensando ser livre por usar de uma liberdade que ninguém lhe pode tirar no recesso da cabina indevassável, e esquecido de que não há liberdade sem discernimento. Que discernimento pode existir quando o eleitor faz a sua escolha sugestionado por uma técnica de propaganda geradora de hipnoses coletivas, a transformarem num autômato o cidadão que vai depositar sua cédula na urna?

Mitos e fantasias de tôda espécie. Fantasias e mitos a nos manterem sempre enganados numa época em que a maior das inflações é a inflação da mentira. O mito da Raça empolgou as multidões delirantes dos comícios nazistas. O mito da igualdade é cinicamente exportado para o mundo pelo despotismo soviético. As democracias também possuem os seus mitos. Se queremos um regime verdadeiramente popular, precisamos antes de mais nada desembaraçar-nos dêsses mitos, dêsses falsos pressupostos do atual sistema representativo, em cujo mecanismo os deputados não representam nem podem representar a Nação.

Ninguém o fêz ver melhor do que o professor Goffredo Telles Junior, na lição magistral aqui proferida há quinze dias, ao abrir o ciclo de conferências do Forum Roberto Simonsen sôbre a reforma da constituição. Guardemos bem a crítica dirigida pelo ilustre mestre a êsse "vago e incerto regime, sempre em contradição consigo mesmo, agarrado a palavras sonoras, sonoras como tambores vazios".

Não foi uma simples crítica demolidora, mas um traçar de rumos para a estruturação de nova ordem constitucional, em consonância com as realidades do tempo presente e com a formação social e histórica do nosso povo. Fruto de demoradas meditações e de pesquisas levadas avante com os seus discípulos, em seminários de estudo, o trabalho do professor Goffredo Telles Junior está substanciado nesses magníficos "Lineamentos de uma Constituição realista para o Brasil", a superarem de muito o projeto revisionista de Alberto Torres, quer na fundamentação filosófica, quer na visão sociológica.

Partindo da consideração de que o atual regime representativo não funciona por se achar divorciado das fontes materiais do direito, e procurando nos grupos sociais os mananciais inesgotáveis da norma jurídica, o autor de tais Lineamentos nos aponta o caminho certo para chegarmos a uma representação autêntica. Esta só pode decorrer da inserção daqueles grupos na sistemática da ordem política.

Com efeito, que é a representação? — É o meio pelo qual as aspirações e os interêsses de tôda a sociedade são levados ao conhecimento do poder do Estado, de maneira a poderem influir eficientemente nas deliberações dos órgãos legislativos e governamentais.

O que se representa é a sociedade perante o Estado. Quando bem estruturado, o sistema representativo torna-se um eficaz meio de defesa contra os excessos do poder. Para isto, cumpre que a representação seja um espelho fiel da realidade. Sendo a sociedade política uma resultante de pessoas agrupadas em sociedades menores, nas quais se realizam os fins da transmissão da vida, da educação, do convívio territorial, da produção de bens materiais, das atividades culturais e da religião, é evidente que tôdas estas fôrças sociais devem ser representadas, tornando-se assim possível atender à aspirações individuais e coletivas delas oriundas.

O sistema individualista da representação política parte de uma visão deformadora da realidade social, considerando-a um todo homogêneo, uma simples soma de indivíduos ,uma horda. Além disso, faz de cada deputado representante de todo o povo, portador de um mandato amplo, sem nenhum limite à sua própria vontade ou opinião. Só por uma ficção podemos aceitar que esta opinião individual de um mandatário do povo seja o reflexo da opinião pública, e é claro que a amplitude do mandato não permite estabelecer uma identificação entre a vontade dos eleitos e a dos eleitores.

Como um corretivo a essa pulverização da sociedade, tirando todo conteúdo orgânico à representação política, surgiram os partidos políticos. A atividade partidária procura imprimir ao sistema representativo um cunho de maior consonância com a heterogeneidade do meio social. Toma por ponto de partida as divisões existentes na opinião pública. As várias correntes de opinião se agrupam nos diferentes partidos. E a recente tendência para fazer prevalecer a votação por legenda sôbre a votação uninominal não é mais do que uma tentativa para reforçar a primazia do grupo partidário sôbre as candidaturas de cada indivíduo

Os partidos vieram substituir os antigos grupos naturais e históricos, como base da representação política. E por tal forma a representação passou a ser feita segundo o critério das **opiniões** e não mais dos **interêsses** de grupo, profissão ou categoria social.

Por muito tempo os partidos ficaram à margem da lei. Eram fôrças sociais não reconhecidas juridicamente, embora controlassem de fato o poder político. Em face da representação disciplinada legalmente, na sistemática do direito constitucional, os quadros partidários iam adquirindo importância cada vez maior como estrutura de base no sistema representativo. Ultimamente, e sobretudo depois da segunda guerra mundial, as constituições e as leis eleitorais entraram a disciplinar os partidos políticos. Assim a Constituição brasileira de 1946 estabeleceu o regime da representação proporcional e da pluralidade partidária.

Ainda a êste propósito devemos dizer que a técnica do regime democrático se ressente da generalização de costumes e instituições dos países anglo-saxônios, de dificil adaptação noutros povos. O regime de partidos teve muita significação real na Inglaterra, desde as competições entre **Tories** e **Whigs**, dando origem aos fortes agrupamentos que passaram a ser o Partido Conservador e o Liberal. Correspondeu naquele país às condições especiais que se seguiram à chamada revolução gloriosa de 1688, especialmente com o advento da dinastia Hannover ao poder, e se foi transformando no século XIX e na atualidade, ao sabor das mutações econômicas e políticas. Passou a dar fisionomia bem característica ao parlamentarismo britânico, cujo funcionamento decorre da existência de uma opinião pública organizada e de uma tradição peculiar àquêle povo.

Na maioria dos países, bem sabemos o que significou o regime de partidos: um instrumento de controle social utilizado pelas minorias oligarquicas para assegurar a posse do poder. Entre nós, assim tem sido sempre. Os programas partidários quase nada significaram no Império, nem na República. Quanto a esta, nascida de um golpe militar, resultou da imposição de um programa de revisão total das instituições imposto por um partido que representava pequena parcela da opinião pública, através de uma Constituinte adrede convocada com exclusão dos partidos então majoritários. Até 1930 tivemos praticamente o regime de um partido único, e depois da revolução daquele ano multiplicaram-se os partidos, alguns poucos com programa ideológico e aliás, por vêzes, vindo provocar ou agravar a tensão perturbadora da ordem e da paz pública com os extremismos das suas ideologias.

Enquanto certos sonhadores ainda julgam possível, pela educação do povo, dar conteúdo de realidade a êsse regime fictício, a sociedade continua a caminhar para novas formas de organização política. E os acontecimentos da nossa época, provocando por vêzes vertiginosas transformações, nos convidam a vencer a rotina e procurar diretrizes novas.

Nêste sentido, vejo nos "Lineamentos de uma Constituição realista para o Brasil", do professor Goffredo Telles Junior, sugestões renovadoras do maior alcance.

No concernente à representação política, aí se acham indicados os meios de atender, por um lado, às exigências de uma representação autêntica, mediante o entrosamento dos grupos domésticos, econômicos, culturais e religiosos com o Estado, e por outro à feitura técnica da lei, a cargo de um corpo restrito e selecionado de juristas, ao qual seriam encaminhados os projetos dos representantes daqueles grupos. A **matéria** legislativa seria formada pelas reivindicações dos agrupamentos orgânicos da sociedade, onde se acham os interêsses concretos dos homens. Um partido político está longe de representar êstes interêsses. O que importa a cada um de nós é o nosso bem-estar no município em que vivemos, na profissão que exercemos, nos estudos que cultivamos e principalmente na família à qual pertencemos. Nestes grupos está a fonte material da norma jurídica. Seus representantes teriam, pois a iniciativa das leis. Em seguida, cumpriria dar a essa matéria a devida **forma** legal, o que é evidentemente uma tarefa técnica, isto é, de juristas. Tal a missão reservada ao Senado legislativo, nos "Lineamentos" em apreço.

Dar aos órgãos representativos dos agrupamentos sociais plena capacidade legislativa seria um mau alvitre. Foi por isso que fracassaram certos ensaios de representação profissional, colocando nas assembléias legislativas deputados classistas ao lado dos eleitos por partidos políticos. A função daqueles órgãos deve ser outra. Não se confunda autoridade legislativa e representação política. Só um sistema que permita a presença, junto do Estado, de representantes de tôdas as categorias sociais pode dar efetividade à representação. Não é por isso que se vai confiar a tarefa de elaboração da lei aos mandatários dos grupos. Êstes são os mais competentes e habilitados para dizer o que interessa a cada grupo — matéria legislativa — mas lhes falta especialização na técnica do direito, indispensável para dar forma jurídica ao preceito legal. Sem falar ainda na isenção e no critério para decidir o que é mais conveniente e oportuno ao bem comum nacional,

harmonizando os interêsses dos diversos grupos, e isto é função precípua da autoridade do Estado (2)

Uma constituição deve trazer a marca da coletividade nacional a que corresponde, adaptando-se-lhe e refletindo-lhe o estilo de vida e a tradição histórica. Entretanto, eleva-se a um plano de universalidade, fixando princípios transcendentes, não no tocante à organização política, mas no que diz respeito aos direitos e deveres. Tais são os preceitos de direito natural relativos à pessoa humana, à família ou ao trabalho. Além disso, o seu texto deve conformar-se à própria natureza das relações sociais, tomando-as como elas são e levando em conta as realidades em constante mudança na dinâmica da história.

A idéia de uma representação com base nos grupos corresponde à dinâmica social de nossa época. Até mesmo nos países onde os partidos são realmente expressões de correntes da opinião e têm conteúdo programático, vemos que êles se vão vinculando cada vez mais aos grupos orgânicos da sociedade. Os grupos de pressão ganham terreno dia a dia, quer na Europa, quer na América. E na Inglaterra, berço do regime de partidos, bem sabemos que êstes sempre estiveram unidos a classes e organismos sociais.

Por sua vez, a elaboração da lei transpõe os limites dos parlamentos, e nela tomam parte decisiva órgãos técnicos do Estado e entidades privadas O constitucionalista inglês Wade, professor em Cambridge, chega a afirmar que a supremacia do Parlamento como órgão legislativo torna-se **more and more a fiction.** Reconhece que o govêrno verdadeiramente representativo só de um modo imperfeito pode ser realizado pelo poder legislativo, e conclui que outros métodos são necessários para produzir a coincidência entre o órgão do qual emana a norma e o sujeito da mesma (3).

---

(2) Tive ocasião de expôr e defender êstes princípios em tese apresentada à IVa. Jornada Franco-Latino-Americana de Direito Comparado, reunida em São Paulo, em 1954, sob o título: "Autoridade e representação no direito moderno". Posteriormente foi êste trabalho inserido como capítulo do livro **Política e Teoria do Estado**, Editôra Saraiva, 1957, pág. 149 e seguintes.

(3) Estas observações de Wade são feitas nas notas introdutórias à clássica obra de DICEY, **Introduction to the study of the Law of the Constitution**, em sua nona edição, Londres, Macmillan, 1956, p. XLII-XLV. Wade chama a atenção para a presença, junto do Estado, de organizações refletindo as vistas de diferentes profissões e ofícios, consultadas antes da apresentação dos projetos de lei ao Parlamento. Mesmo na feitura da lei organizações similares tomam parte. Há ante-projetos elaborados por órgãos técnicos dos ministérios, e por vêzes preparados em associações de classe não oficiais. Entre estas, cita o **Unemployment Assistance Board e o Agricultural Marketing Board.** Cresce dia

Procuremos êsses novos métodos, e não queiramos ser eternos imitadores. Tratamos de estruturar por nós mesmos a nossa organização contitucional. Sejamos descobridores de novos rumos, capazes de serem utilizados, no que não fôr exclusivamente peculiar a nós, também por outros povos.

——//——

Consideramos, através destas reflexões, dois pontos de capital importância para o caso de uma reforma constitucional: o primeiro diz respeito à estruturação dos poderes, e o segundo à representação política.

Não se coaduna com a unidade imprescindível no govêrno de uma nação o princípio da separação de poderes. Não satisfaz às exigências de uma autêntica representação o regime do sufrágio individualista e dos partidos políticos.

No que diz respeito à organização dos poderes, cumpre acrescentar que, pela sua finalidade e pela natureza da sua missão, os órgãos encarregados da função judiciária no Estado devem estar cercados de tôdas as garantias que possibilitem a distribuição da justiça com plena isenção e sem subserviências políticas. Exercendo tal função, a magistratura torna-se um elemento de limitação ao poder político, capaz de contê-lo na sua esfera de ação e de proteger os direitos dos particulares. Nisto se salva uma parte de verdade na doutrinação dos adeptos da separação de poderes. O seu equívoco está naquele sistema de freios e contra-pesos entre os poderes, especialmente entre o Executivo e o Legislativo, o que pode não apenas ser impraticável, mas suscitar perturbações na ordem política em dano do interêsse nacional.

Para terminar, uma palavra sôbre tema relacionado com o da limitação do poder: o da descentralização politica.

O poder descentralizado é um poder limitado. Isto, bem entendido, desde que se dê à palavra "descentralização" o significado amplo de reconhecimento das autonomias sociais em face do Estado. Neste caso, muitas atribuições enfeixadas nas mãos do poder político passam a ser exercidas pelos grupos sociais, com uma autoridade normativa e disciplinar, da qual decorre uma pluralidade de ordenamentos jurídicos. São os corpos legislativos não soberanos, a que já se referia Dicey, o grande mestre dos constitucionalistas ingleses. É o município, quando existe

a dia, na Inglaterra, o papel político das Câmaras de Comércio e das Federações das Indústrias, sem falar nos sindicatos de operários ou **Trade Unions**, de há muito ligados ao Partido Trabalhista.

verdadeiramente a autonomia municipal. São as associações profissionais, de operários, de lavradores, industriais e comerciantes, de advogados, médicos e engenheiros. São as universidades livres. Enfim todo êsse conjunto através do qual a sociedade se afirma com vida própria diante do Estado, sendo êste, como escrevia Soriano de Souza, "um elemento externo, um coeficiente extrínseco, que intervém, que se justapõe no concêrto social pela necessidade de manter incólumes a vida e o direito dos associados".

E o velho professor de Recife dizia ainda: "Da confusão da sociedade com o Estado resulta necessàriamente a absorção de tôdas as atividades dos cidadãos pelo despotismo governamental" (4).

Para proteger a vida e os direitos dos associados, o poder do Estado deve ser forte, sem o que as liberdades perecem. Além disso, a necessidade dos planejamentos nacionais implica em se dar ao Estado uma série de atribuições que só êle pode exercer. Tal é a situação da nossa época. Mas por isso mesmo, importa, mais do que nunca, valorizar os grupos sociais autônomos, e nisso está o verdadeiro sentido da descentralização, a única maneira de fugirmos ao Estado totalitário, para o qual, no Oriente e no Ocidente, o mundo todo hoje caminha. Respeito aos particularismos sociais, sem prejuizo da autoridade nacional, no âmbito que lhe pertence, — eis a fórmula exata da descentralização.

Foi o que não souberam compreender os homens do início da república, combatendo a centralização política e procurando corrigí-la pelo regime federativo. Deixaram-se levar pela sereia de Rui Barbosa — "Federação, com ou sem a coroa!" — e não perceberam que o Estado federal se destina a realizar a descentralização administrativa no plano da organização política, na esfera dos poderes do Estado, quando o que importa, para benefício das liberdades, é a descentralização no plano das autonomias grupais. Aliás, a Federação nem no Brasil, nem em qualquer outra parte impediu a centralização. Sem falar ainda das transformações operadas ultimamente no federalismo, quer nos Estados Unidos, quer entre nós, com a tendência cada vez mais acentuada para a predominância do govêrno da União sôbre os dos Estados.

Tais transformações vêm decorrendo da presente conjuntura política e econômica, fazendo surgir situações semelhantes no Brasil e nos Estados Unidos, na Argentina e na Suíça. Diante

(4) SORIANO DE SOUZA, **Princípios gerais de Direito Público e Constitucional**, Casa Editora Empreza d'A Província, 1893, p. 64.

disso é o caso de nos perguntarmos a nós mesmos se a adoção do federalismo teórico pela nossa primeira Constituinte republicano não terá sido um retrocesso, fazendo-nos abandonar uma forma de organização política à qual tendem hoje os Estados federais e à qual teremos de voltar um dia. A Federação tem sido sempre um processo agregativo, um caminho para a unidade. No Brasil deu-se o inverso: do Estado unitário partimos para o Estado federal, e o federalismo se tornou um processo desagregador, cujos efeitos só não chegaram a ser fatais porque a realidade foi mais forte do que a teoria e as formas abstratas foram superadas por uma política de sentido nacional. É certo que isto veio a ser possível com sacrifício da pureza do regime, quer na política dos governadores da primeira república, quer com o fortalecimento do govêrno federal após a revolução de 1930.

Não admira que sete anos depois da implantação do regime federativo entre nós, o seu maior adepto, Rui Barbosa, tivesse escrito, no jornal "A Imprensa" aquêle artigo publicado a 25 de novembro de 1898 em que confessava o fracasso da Federação no Brasil e apontava na autonomia dos Estados um "princípio retumbante, mentiroso, vazio de vida como um sepulcro a cuja superstição se está sacrificando a existência do país".

Com efeito, o federalismo desviou-nos da linha seguida pela nossa formação política desde os primordios da nacionalidade. O Brasil histórica, geografia e geopolitcamente sempre foi um império, nunca uma federação de Estados. Compreendeu-o lucidamente Oliveira Vianna, na análise das nossas instituições políticas. Compreendeu-o o professor Goffredo Telles Junior, ao elaborar os seus "Lineamentos de uma Constituição". O artigo 27 dêste texto começa pelo seguinte enunciado: "O Brasil é um Império". E mantida a forma de govêrno republicana, assim prossegue: "A grandeza nacional resulta da união perpétua e indissolúvel de suas Províncias e de seus Territórios. As Províncias e os Territórios se compõem de Municípios. Nos Municípios geram-se e desenvolvem-se os grupos naturais da sociedade. Dêles emanam a Lei e o Poder".

Grande parte dos nossos juristas não alcança como as autonomias municipais, provinciais e regionais possam ser efetivamente asseguradas fora do regime federativo. O problema da região como centro administrativo e de elaboração normativa, num plano superior ao das províncias, começa a merecer a atenção dos constitucionalistas e decorre de realidades econômicas da nossa época. Lembremos o caso da Constituição italiana, sem querer julgar o sistema de autonomias regionais nela adotado, nem apontá-lo como um modêlo para todos os povos. O essencial

é que a constituição tenha suficiente plasticidade para permitir, quando fôr o caso, o estabelecimento de divisões políticas e administrativas correspondentes a regiões naturais e a centros de atividade econômica. Também no tocante à distribuição da justiça se fazem sentir as vantagens dos organismos de âmbito regional, possibilitando um maior desafôgo nos tribunais, hoje tão sobrecarregados.

Não se veja nenhum romantismo grupalista nesta afirmação das autonomias sociais, desde as pequenas coletividades até à região. À primeira vista pode parecer uma tese ultrapassada, em virtude do crescimento do poder do Estado e de suas atribuições. Mas se bem analisarmos as realidades presentes, veremos exatamente o contrário. Fôrças comunitárias se desenvolvem paralelamente ao Estado, cuja soberania vai sendo restringida na ordem internacional pela formação de comunidades supra-estatais, e na ordem interna pela pressão dos grupos econômicos. O mundo de amanhã verá novas formas políticas, que não nos é dado profetizar. Tanto poderá prevalecer o totalitarismo do Estado, como o pluralismo social. Tudo vai depender da capacidade a ser demonstrada pelos que podem influir de um modo decisivo num sentido ou noutro.

——//——

Destas breves considerações podem ser deduzidos alguns pressupostos dentro dos quais se torne desejável, entre nós, uma reforma constitucional.

São os seguintes.

1.º) — A constituição política, elaborada para ser a lei fundamental do Estado, deve ser expressão da constituição histórica da nacionalidade, isto é, da formação tradicional do povo ao qual se destina.

2.º) — A constituição deve ser uma lei flexivel, uma lei de diretrizes gerais, capaz de se amoldar a situações novas, não obstante a rigidez dos seus preceitos asseguradores de direitos. Esta plasticidade é incompatível com uma constituição analítica, minuciosa em suas regulamentações, a fazer incursões freqüentes pelo campo da legislação ordinária.

3.º) — Além dos direitos fundamentais, cumpre à constituição assegurar o respeito aos princípios básicos da ordem social, sobretudo os concernentes à constituição da família, à humanização do trabalho e à liberdade de associação e de ensino.

4.º) — Na organização política do povo brasileiro, há de ser ponto de partida a unidade espiritual, histórica e geopolítica do Brasil, com a qual não se coaduna o regime federativo.

5.º) — Centralização e descentralização não se excluem, mas antes se completam. A descentralização eficiente e plena é a que se realiza por meio das autonomias grupais (descentralização social). A centralização impõe-se no plano dos altos interêsses nacionais supervisionados pelo Estado (centralização política).

6.º) — A representação política só pode preencher os objetivos de dar participação ao povo no govêrno e atender às aspirações de todo o corpo social desde que tenha por base os grupos naturais e históricos que constituem a Nação.

Tais pressupostos representam o depoimento que um professor de Teoria Geral do Estado vem deixar nos debates do Forum Roberto Simonsen sôbre a reforma constitucional. Colocando-se no plano da Teoria do Estado, o autor destas linhas redigiu-as numa seqüência de seus estudos de analise e interpretação da atual crise do direito político no Brasil e no mundo. Não é de estranhar, pois, que tenha ido além do que deveria permitir-se um jurista cujo propósito fosse a revisão da nossa lei fundamental dentro da sistemática vigente. Assim, a Constituição brasileira, no seu artigo 217, parágrafo sexto, dispõe que "não serão admitidos como objeto de deliberação projetos tendentes a abolir a Federação e a República".

Nas perspectivas mais amplas aqui delineadas, segundo uma interpretação histórica e uma visão sociológica da realidade constitucional brasileira, outra não pode ser a conclusão senão esta pergunta: reforma da Constituição ou nova Constituição?